

SOBRE A INCIDÊNCIA DE NORMA JURÍDICO- TRIBUTÁRIA

JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO

*Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora-MG.
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco*

SUMÁRIO

I. Introdução; II. teoria da incidência e teoria da não incidência; III. aplicabilidade da norma jurídica; IV. a teoria da incidência na imunidade tributária; V. conclusão.

I - INTRODUÇÃO:

A realidade concretamente considerada, na perspectiva de Dasein, constitui o material de estudo dos diversos saberes humanos. Ela interessa a todos quantos se debruçam sobre um objeto material para dilucidá-lo em nível científico.

As diversas ciências, com seu instrumental epistemológico e metodológico próprio, buscam compreender o mundo, seja na busca de um *Zeitgeist*, seja de um *Weltgeist*. Apesar de o objetivo perseguido pelos cientistas ser diferente, o objeto material não chega a ser dissemelhante.

A noção de *mundo* comporta, pelo menos, duas direções: uma genérica e outra estrita. Para o momento, interessa fixar a idéia de mundo em sentido amplo.

Mundo, então, *é termo genérico, a designar o conjunto de todos os factos. É nele, portanto, que os factos se põem, inclusive o direito: facto social de adaptação. Compreende o percebido, o perceptível e o próprio percipiente. É tudo que existe dentro ou fora de nós: idéias, substâncias, energia.* (Cfr. Firmino Ferreira Paz, *Incidência de Regra Jurídica*, p. 9).

Ludwig Wittgenstein já havia posto a descoberto essa noção de mundo como sendo, basicamente, a resultante de fatos no momento em que afirma que: *1.1. O mundo é a totalidade dos factos, não das coisas. 1.1.1. O mundo é determinado pelos factos e assim por serem todos os factos. 1.2. O mundo decompõe-se em factos* (Cfr. *Tratado Lógico-Filosófico*, p. 29).

O mundo factual encontra-se regido por algo que lhe é peculiar: a relação de causa e efeito, relação essa de ocorrência inevitável. É o princípio da causalidade.

Acontece que o mundo, como dito, pode ser configurado como objeto material no sentido de que ele se oferece à pesquisa da ciência de qualquer um dos quadrantes, ou seja, do espírito ou da natureza. Surge, nesse momento, a tormentosa questão envolvendo o objeto formal ou método.

Convém, portanto, dar revista, ainda que a traços largos, na disputa metodológica envolvendo os chamados historicistas e naturalistas. Essa beligerância tem como pano de fundo a oposição estabelecida entre a natureza e a história que seria substituída, na filosofia vulgar do século XIX, pelas oposições entre a alma e o corpo, física e moral, espírito e matéria.

A dualidade sempre preocupou o homem, mesmo o de formação científica. De fato, este estranho dado serviu de suporte para uma verdadeira guerra metodológica que culminaria na existência das correntes doutrinárias rotuladas de naturalismo e historicismo.

Pode-se, em um primeiro momento, falar de um *naturalismo filosófico* para designar a doutrina que exclui o transcendental na interpretação dos fenômenos. Tem-se, de segundo, o *naturalismo epistemológico ou metodológico* como modo de se negar o caráter de ciência às denominadas ciências humanas em razão de não haver outro modelo científico além do representado pelas ciências da natureza.

Há, por outro lado, um *historicismo filosófico* que pretende erigir a história como fundamento de uma concepção geral do mundo ou ainda, sustentando que a compreensão do fenômeno social e humano somente é possível como categoria histórica. Ainda existem mais duas direções teóricas desse *historicismo filosófico*: aquela que pretende explicar o futuro a partir da utilização de um princípio estabelecido *a priori*: a providência, o progresso etc., e a outra que parte do pressuposto de que os fatos são relativos e por isso mesmo a história não pode oferecer certeza nem verdade.

O *historicismo metodológico*, por sua vez, encontraria em nomes como Windelband, Rickert e Lask uma posição eclética, por assim dizer, pois não exacerbaram o seu método. Na verdade, admitiram que havia limites para o conhecimento, seja o fornecido pelas ciências da natureza, seja aquele advindo das ciências humanas. Aceitava-se, portanto, a tese de que o conhecimento não se compadece com a exclusão dos saberes, uma vez que a mesma matéria poderá servir para o estudo historicista ou naturalista. (Cfr. José Wilson Ferreira Sobrinho, *Obrigação Tributária Acessória*, pp. 17/20).

Os problemas de índole metodológica surgem no momento em que o mundo passa para o aspecto estrito ou científico. Enquanto somatório de fatos o mundo não é problemático.

A apreensão intelectual dos fatos é que se reveste de perigos cognoscentes, seja pela diversidade de métodos existentes, seja pela assustadora possibilidade de o sujeito que conhece ter um conhecimento insuficiente.

No momento em que se estabelece a relação cognoscente o sujeito que busca o conhecimento não tem certeza absoluta de que

o conhecimento haurido seja sequer confiável, muito menos verdadeiro. Isto fez com que Bertrand Russel escrevesse a seguinte advertência para aqueles que não levam em conta esse *vir-a-ser* do conhecimento: *não conseguiram compreender a grande idéia das aproximações sucessivas. Nenhum homem de formação científica afirmaria que o conhecimento científico atual seja rigorosamente verdadeiro; ele apenas afirmará que se trata de um passo no caminho que leva à verdade.* (Cfr. A perspectiva Científica, p. 55).

A noção de mundo estrito ou científico supõe que este vocábulo está sendo usado em uma dimensão estipulativa, o que permite o manuseio de uma *definição estipulativa que serve para introduzir uma expressão a ser usada em certo sentido específico no contexto de uma discussão, de uma teoria ou de algo semelhante.* (Cfr. Carl G. Hempel, *Filosofia da Ciência Natural*, p. 110).

Mundo estrito, doravante, será aquele que se encontra sendo objeto de apreensão intelectual por qualquer procedimento científico. É objeto material de qualquer dos saberes humanos cientificamente estruturados. Isto exclui da noção de *mundo estrito* os ditos conhecimentos vulgar e teológico.

O conhecimento vulgar, embora esteja no mundo genérico, não tem substância teórica para figurar no mundo restrito por ser carente de cientificidade. O conhecimento teológico somente interessa quando se tribute importância ao *argumento de autoridade* na medida em que sua validade dependerá da aceitação de verdades pretensamente reveladas pela via do transcendental.

O mundo científico, entretanto, não pode aceitar tal conhecimento por absoluta impossibilidade material: ciência e argumento de autoridade são idéias incompatíveis. Não obstante, a ciência atual do jurídico vive quase exclusivamente desse tipo de argumento.

De fato, enquanto nos domínios das ciências da natureza o adjetivo não tem força vinculante, senão que somente o substantivo, na ciência jurídica ele ganha foros de respeitabilidade a partir de um particular modo de agir da chamada comunidade

científica. É absurda a hipótese de, por exemplo, um físico escrever em obra científica a seguinte frase: *De acordo com a teoria da relatividade, exposta pelo eminente e nunca assaz louvado Albert Einstein, matéria é energia e energia é matéria.*

Tais frases grandiloquentes não costumam freqüentar a teoria física. O físico opera com a teoria da relatividade sem necessidade de apor rótulos vistosos em seu autor. Importa, assim, a *autoridade do argumento*.

Acredito que os cientistas do não jurídico, ainda que de forma implícita, operam com as categorias de linguagem objetual e da metalinguagem. Linguagem de objeto é aquela incrustada em determinado objeto a ser apreendido intelectualmente. Linguagem sobre o objeto – ou metalinguagem – é aquela que se propõe descrever o objeto ou, mais refinadamente, é aquela que tenta descrever o conteúdo apreendido a partir do objeto estudado.

A metalinguagem, que é a matéria-prima de toda e qualquer teoria, não pode ter a pretensão de *ser a certa* a partir de atributos eventualmente conectados ao seu autor. A ciência não vive de nomes mas sim de teorias. E as teorias necessitam ser postas à prova a fim de que se aquilate o seu grau de confiabilidade teórica. Necessitam, portanto, de rigorosos testes que decidam sobre sua consequência ou inconsequência científica.

O nome de determinado autor, por mais eminente que seja, jamais será uma espécie de *aval científico*, por assim dizer, que medirá a correção teórica de determinada posição, ou mesmo sua incorreção.

Interessa, para a ciência, o entrechoque de idéias e não de nomes, porque, se isto fosse a preocupação científica maior Einstein jamais teria corrigido equívocos encontrados na física de Newton, uma vez que Newton é um dos nomes de proa da ciência.

O certo é que o Direito não pertence ao mundo genérico. Apenas o utiliza como matéria-prima. Daí o seu caráter cultural ou de produto devido à ação humana. Inclui-se o direito na esfera conceptual do mundo estrito ou científico.

O mundo jurídico compõe-se de determinados fatos que são relevantes para o direito, chamados por isso mesmo de fatos jurídicos, que não passam de fatos colhidos no mundo genérico e utilizados pelo legislador na compostura do tecido jurídico. A formação do mundo jurídico, portanto, necessita da vontade humana para agir sobre o mundo genérico a fim de recolher dados necessários para o surgimento da norma jurídica.

Há um juízo de valor que antecede o momento jurídico, juízo esse que decidirá quais os fatos do mundo genérico que devem merecer a consideração do direito.

Não são, portanto, todos os fatos do mundo genérico que entram para a composição do mundo jurídico, uma vez que o direito, enquanto instrumento de normação da conduta, somente cuida dos fatos reputados relevantes para a regulação da vida em sociedade.

O mundo jurídico, como espécie do mundo estrito ou científico, submete-se ao denominado princípio da imputação como técnica capaz de explicar o *dever-ser* em oposição ao *ser*.

II – TEORIA DA INCIDÊNCIA E TEORIA DA NÃO INCIDÊNCIA

O mundo jurídico, para atingir o escopo de meio regrador de condutas, necessita de um instrumento que é a norma jurídica. Ela materializa em determinado espaço-tempo a importância que a sociedade atribui a determinada pauta de condutas.

Faz-se, primeiramente, a seleção de determinados fatos considerados como merecedores de juridicização. Tal seleção encontram-se conectada a uma axiologia do legislador que, dependendo de fatos outros, erige em importante aquilo que apresente congruência com sua formação pessoal.

Como o Legislativo é composto de pessoas diferentes em quilate intelectual, formando um amálgama, compreende-se porque em determinada sociedade um fato pode ser *juridicizado* e em outra apresentar um *quantum de indiferença legiferante*.

Exercitado o juízo de valor consistente na seleção dos fatos a serem elevados à categoria de jurídicos, passa-se à materialização deontica desses fatos ou à elaboração da norma jurídica.

A norma jurídica traz em si mesma um valor consubstanciado na conduta que regra. Pode-se, assim, falar de um *valor extra-norma* e de um *valor intra-norma jurídica*. O *valor extra-norma* reside na liberdade que o legislador tem de escolher que fatos do mundo genérico devem ser juridicizados. Mas esse valor ainda não é jurídico porque não cristalizado em norma jurídica. Ademais, ainda poderá sofrer redução ou ampliação no momento de ponência da norma jurídica, ou seja, será susceptível de discussão durante a feitura da lei. O *valor intra-norma* não se submete a essa redução ou ampliação, porque a norma já o consagra de modo pronto e acabado. Caberá ao intérprete descobrir esse *valor intra-norma* no momento de compreensão da norma jurídica.

O mundo jurídico é formado por um fato eleito para materializar o suporte fático de determinada norma jurídica, pela norma jurídica em si mesma considerada e pelo valor incrustado nela. Há, assim, um fato posto no antecedente da norma jurídica, a norma jurídica e um valor posto conseqüente da norma que nada mais é que a conseqüência jurídica prevista.

Neste sentido, pode-se concluir com Marcos Bernardes de Mello: *A norma que não seja um dever-ser redutível a um ser, quer dizer, uma norma que não se refira a uma existência possível, jamais poderá ser considerada jurídica.* (Cfr. *Contribuição ao Estudo da Incidência da Norma Jurídica Tributária*, in: *Direito Tributário Moderno*, p. 8).

Após a entrada da norma jurídica no ordenamento jurídico poderá, ou não, haver o preenchimento de seu suporte fático pela conduta nele prevista, ou seja, um fato do mundo genérico que serviu de matéria-prima para a configuração do suporte fático da norma jurídica poderá ocorrer. Se o fato ocorre, ele ingressa no mundo do direito. Diz-se que houve sua juridicização.

Surge, então, a questão da incidência da norma jurídica, teoria cuidada em solo brasileiro por Pontes de Miranda e por seus simpatizantes.

Firmino Ferreira Paz, cultor dessa teoria, sustenta que: *A formação do mundo jurídico é resultante da incidência das regras jurídicas, vale relembrar, sobre os fatos formadores do mundo fático. Sem a incidência, não há mundo jurídico.* (ob. cit. p. 21).

Marcos Bernardes de Mello afirma que: *A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.* (ob. cit. p. 17).

A incidência é concebida como a realização do suporte fático da norma jurídica pela conduta pertinente. Assim, a norma incidiu inapelavelmente, o que, aliás, é a primeira característica da incidência: sua incondicionalidade ou infalibilidade, inevitabilidade ou fatalidade da incidência.

Essa característica exprime o fato de o suporte fático ocorrer pela conduta nele veiculada, conduta essa existente de modo concreto. Haverá a imediata incidência.

Outra característica da incidência é ser inesgotável, isto é, enquanto a norma jurídica tiver vigência ela incidirá todas as vezes que seu suporte fático for realizado.

Fala-se, ainda, nas conseqüências da incidência. Afirma-se que a incidência da norma jurídica resulta em juridicização do fato contido em seu suporte fático, nascendo, então, um fato jurídico. Chama-se tal conseqüência de juridicização.

Existe também a conseqüência denominada de desjuridicização que consiste em se retirar do mundo jurídico um fato jurídico por defeito reputado suficiente pelo direito. Exemplifica-se com a revogação da doação em havendo ingratidão do contemplado. Primeiro há a incidência de norma jurídica no que diz com a conduta do que estabeleceu uma doação. Posteriormente, uma outra conduta do beneficiário de tal doação realizou o suporte fático de outra norma que previa o desfazimento jurídico da

doação, *a ingratidão*. Há uma incidência secundária relativamente à primeira incidência apontada.

Cabe apontar, por fim, a conseqüência denominada de pré-exclusão da juridicidade, ou seja, determinada norma jurídica incide precisamente para evitar que determinado fato pertencente ao mundo genérico possa ser trazido para o mundo jurídico. Exemplo: impossibilidade de o adultério servir de base para a separação judicial se o cônjuge que o alega concorreu para sua existência. *Consulte-se Marcos Bernardes de Mello, ob. cit. pp. 19/23.*

Menor dignidade científica tem a teoria da não incidência que logrou ser aplicada apenas ao campo do direito tributário, o que causou espécie ao citado Marcos Bernardes de Mello: *Parece-nos, entretanto, constituir uma contradição e uma conduta pouco científica o dar relevo, quando se cuida da exposição de tema jurídico, a conceitos como esse de não incidência, que não é jurídico.* (ob. cit. p.37).

O direito tributário brasileiro, salvante raras e honrosas exceções, utiliza abusivamente idéias totalmente descabidas no campo científico. Tal ocorre com a noção de não incidência que é reputada por muitos como sendo essencial à explicação da imunidade tributária.

Walter Barbosa Corrêa dispensou extensas linhas ao estudo da não incidência no campo tributário. Diz ele que: *a não incidência é abstrata, existindo em função da incidência. A não incidência, como qualidade abstrata do tributo, não tem vida própria.* (Cfr. *Não Incidência, Imunidade e Isenção*, Revista de Direito Administrativo, v. 73, p. 434).

Wilson Luiz Bonalume consegue enxergar valor teórico na doutrina de Walter Barbosa Corrêa e ainda consigna em tom de censura que: *en el plano de la doctrina extranjera conviene observar, como antes ya expusimos, que la mayoría de los autores tratan muy superficialmente la no incidencia dándole otras denominaciones...*

Conclui: *La no incidencia como cualidad derivada del tributo no tiene vida propia, como afirma Walter B. Corrêa. La duración*

de la no incidencia está condicionada a la voluntad del legislador, el cual puede atraer al área de incidencia los hechos situados en el campo de la no tributación, conforme también afirma Trotabas en su conocido trabajo. (Cfr. Los Conceptos de Inmunidad y Exención en el Derecho Tributário Brasileño, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, pp. 611/615).

Ruy Barbosa Nogueira, de sua parte, entende que: *Entre nós, por exemplo, se examinarmos os repositórios da doutrina e da jurisprudência fiscal, podemos constatar que já houve muita confusão entre os conceitos de não-incidência, isenção e imunidade. Após a promulgação do CNT e certa elaboração doutrinária, estes conceitos vêm-se aperfeiçoando e revelando sua utilidade. (Cfr. Curso de Direito Tributário, p. 170).*

É perturbador constatar que nomes reputados de ponta na doutrina jurídica cheguem ao exagero de conceder espaço teórico a algo que sequer deveria ser mencionado em uma explanação jurídica, uma vez que, pretender dizer que o conceito de não incidência vem sendo aperfeiçoado e que é útil, não é tese aceitável.

A noção de não incidência não tem valor para o direito. Sua utilização resulta de singela confusão de conceitos envolvendo o mundo jurídico e o mundo não jurídico. Deveria, portanto, ser riscada dos livros jurídicos porque não serve para nada, excepto para aumentar a confusão reinante em certos setores do jurídico. Um conceito metajurídico jamais terá alguma utilidade para o jurídico, salvo se não se fizer a necessária distinção entre os dois mundos.

A não incidência é, indubitavelmente, um conceito metajurídico, pois, como anota Marcos Bernardes de Mello, ela pode envolver duas situações: *a) ou não existe norma jurídica; b) ou o suporte fático não se concretizou suficientemente. Numa ou noutra das espécies não há porque falar-se em qualquer categoria jurídica, especialmente eficaz, porque se está apenas no mundo fático, onde não há juridicidade. (ob. cit. p. 37).*

Se algo se encontra no mundo genérico e não mereceu a atenção para efeito de juridicização, parece não haver dúvida de

que não pode fazer parte do mundo jurídico. Sobremais, a idéia de incidência não depende da noção de não incidência para ser definida porque são conceitos distintos que pertencem a mundos diferentes.

A incidência pressupõe necessariamente a existência de um mundo jurídico composto de um fato valorado por uma norma jurídica e da realização do seu suporte fático. Onde residiria a necessidade do conceito de não incidência? Em lugar nenhum.

Não obstante, alguns continuam falando de não incidência como a quinta-essência da Teoria Geral do Direito, conceito verdadeiramente fundamental para a compreensão da incidência. Isto, por si só, já deveria ser suficiente para invalidar tal postura teórica, pois, o conceito de incidência não é obtido a partir do conceito de não incidência.

Falar de não incidência, portanto, significa falar de aspectos não jurídicos, ou seja, equivale a falar da não juridicidade. E a não juridicidade não interessa à juridicidade, o que demonstra a inconseqüência teórica resultante da adoção da idéia de não incidência dentro do direito.

III – APLICABILIDADE DA NORMA JURÍDICA

Assentou-se, no trato da incidência, que ela era o efeito da realização do suporte fático. O conceito de suporte fático, portanto, pertence necessariamente ao mundo genérico ou fático.

Na visão de Marcos Bernardes de Mello: *Enquanto aludirmos a suporte fático, apenas nos referimos a algo, fato, que poderá ocorrer no mundo em que foi considerado relevante pela comunidade jurídica ao ponto de sobre ele, o algo, editar norma jurídica. Somente depois de ocorrido, materializado, concretizado, o suporte fático é que, pela incidência, da norma jurídica, surge o fato jurídico, juridicização do suporte fático e, pois, se pode falar em conceitos do mundo jurídico.* (ob. cit. p. 11).

Há de existir um fato do mundo genérico que tenha sido escolhido para compor o suporte fático de determinada norma

jurídica. A incidência, então, dependerá não somente da existência desse suporte fático mas também de sua realização fenomênica. Existem, portanto, dois requisitos: suporte fático e sua realização. Sem isto não podemos falar em incidência.

É a partir deste ponto que os que admitem a tese da incidência passam a sustentar que a juridicidade somente existe onde ela estiver presente.

Firmino Ferreira Paz escreveu: *A formação do mundo jurídico é resultante da incidência das regras jurídicas, vale relembrar, sobre os factos formadores do mundo fático. Sem a incidência, não há mundo jurídico.*(grifei) (ob. cit. p. 21).

O divisor de águas, para os que pensam assim, reside na incidência: antes dela somente o mundo genérico; depois dela, o mundo jurídico.

Se o mundo jurídico somente existe a partir da incidência de regra jurídica, como se resolve o problema ligado à vigência da lei? O citado Firmino Ferreira Paz responde:

Publicada, a regra jurídica, se abstrato o suporte fático, é, apenas, eficaz, é dizer, incidível, com possibilidade de incidir.

Dando-se porém, que o suporte fático seja concreto, há incidência, que é a queda, pensamentalmente efetivada, da regra jurídica sobre o respectivo suporte fático. (ob. cit. p. 40).

O mesmo autor explica agora o que vem a ser suporte fático abstrato e suporte fático concreto: *Enquanto só previstos, futuros, os factos, diz-se que o suporte fático é abstrato. Se, porém, preexistam, ao advento da regra jurídica e, pois, eram, nela, vistos; ou, posto tenham sido previstos, mas, já ocorreram, diz-se concreto o suporte fático.* (ob. cit. p. 63).

A consequência dessa teorização é no sentido de que a incidência tem o papel fundamental de formar o mundo jurídico. A juridicidade depende dela para existir. Torna-se fácil compreender a razão de seus simpatizantes a considerarem infalível, automática.

Mostra-se perturbador, porém, o fato de que a juridicidade somente exista depois da incidência de regra que já é jurídica, ou seja, como uma regra pode ser jurídica antes de incidir se a incidência é condição necessária para que o jurídico exista?

Ora, se a norma jurídica pode cair sobre os fatos, como querem os defensores da teoria da incidência, de modo inexorável e infalível, *então o homem será mero expectador do fenômeno*. Materializa-se, portanto, uma situação absurda: o direito é um objeto humano; é um produto da vontade do homem que estranhamente exclui o homem de sua formação na medida em que o jurídico nasce com a incidência da norma jurídica e essa incidência é inexorável.

Consequência: teremos um produto humano que não tem o homem como partícipe porque ele será um mero expectador estático.

O fisicalismo de Pontes de Miranda, entretanto, impressionou a muitos. Alfredo Augusto Becker, por exemplo, imaginou a seguinte explicação para o problema:

Um instrumento, regra jurídica válida, carregado de energia eletromagnética, juridicidade. Este instrumento permanece suspenso sobre o mundo dos fatos físicos, biológicos e psíquicos. No mundo existiram os fatos pretéritos, existem os fatos presentes e existirão os fatos futuros. E no mundo, sob o referido instrumento, os fatos presentes vão se tornando pretéritos e os fatos futuros vão se tornando presentes, isto é, vão acontecendo, vão se realizando. Entretanto, aquele instrumento aguarda e continua em estática.

Ora, com o acontecer dos fatos, vão se realizando, existindo no presente e no pretérito, um a um, os elementos previstos na composição da hipótese de incidência, quando todos os elementos se realizaram, existem no presente e no pretérito, a hipótese de incidência realizou-se e, então, automaticamente, imediata, instantânea e infalivelmente, aquele instrumento entra em dinâmica e projeta uma descarga, incidência, de energia eletromagnética, juridicidade, sobre a

hipótese de incidência realizada. (Cfr. Teoria Geral do Direito Tributário, p. 279).

A carga de energia eletromagnética, para continuar com a nomenclatura do autor citado, faz com que a hipótese de incidência realizada, *ou juridicizada*, libere a eficácia jurídica: a relação jurídica e seu conteúdo jurídico. (*idem, ibidem*).

Nota-se claramente a influência de Hans Kelsen na postura adotada por Becker. De fato, Kelsen imaginou dois momentos para o jurídico: a nomoestática e a nomodinâmica: *direito em repouso e direito em movimento*. Mas a aplicação que Kelsen fez dessa idéia não é a mesma que Becker imaginou poder realizar. São direções diferentes.

A formulação de Becker não explica como pode existir uma ordem jurídica suspensa, à espera da realização dos vários suportes fáticos contidos em normas jurídicas na medida em que, para ele, a incidência é tida como fator determinante desta ordem jurídica ou juridicidade.

Acontece que, tanto a nomoestática quanto a nomodinâmica são facetas do jurídico. Formam ambas o mundo da juridicidade. Logo, o raciocínio de Becker é inexato porque somente apanha a parte da nomodinâmica. Assim, a nomoestática teria de ser relegada ao plano dos fatos por ser anterior à incidência.

A tese não colhe, porém. Torna-se necessário trilhar outro caminho teórico que prescindia da incidência sob pena de não se ter explicação para o fato de uma regra jurídica não ser jurídica porque é anterior ao momento em que incidirá.

Talvez as regras jurídicas denominadas de comportamento e de estrutura possam fornecer o substrato para uma possível compatibilização do impasse teórico.

Paulo de Barros Carvalho lembra que: ... *as regras de comportamento trazem o dever-ser modalizado em permitido, obrigatório ou proibido, com o que se exaure a possibilidade normativa da conduta.*

As regras de estrutura, de seu turno, ...*determinam os expedientes formais necessários para que se editem normas*

jurídicas válidas no ordenamento. Daí que tais regras tenham uma peculiaridade: o dever-ser é neutro no sentido de que não será modalizado. (Cfr. *Curso de Direito Tributário*, pp. 68/69).

Enquanto as regras de comportamento se dirigem à regulação da conduta humana em interação intersubjetiva, as regras de estrutura não têm tal missão. Destinam-se a funcionar como regras determinadoras da coerência normativa do sistema, ou seja, dizem como ele deve ser construído.

Somente as regras de comportamento são susceptíveis de terem um suporte fático. Isto se explica pelo fato de tais regras permitirem a modalização da conduta em permitido, obrigado ou proibido. Significa dizer que o legislador pode construir um suporte fático utilizando uma conduta modalizada em qualquer um desses modais.

As regras de estrutura, porém, não têm suporte fático pela razão de o dever-ser delas não comportar modalização, isto é, ser neutro. Impossível, assim, que o legislador possa modalizar uma conduta que sirva de suporte fático para uma regra de estrutura.

Consequência: as regras de estrutura jamais seriam explicadas pela teoria da incidência na medida em que não permitem a realização de suporte fático por não o terem. Se essa teoria fosse conseqüente, ainda assim o seria de modo parcial: serviria para explicar as regras de comportamento.

A teoria da incidência é comprometida exatamente por sua incapacidade de explicar as regras de estrutura, uma vez que elas são jurídicas e não comportam a incidência enquanto realização de suporte fático.

A juridicidade das regras de estrutura advém da sua validade normativa: foram postas no sistema jurídico por quem detinha competência para fazê-lo: *o legislador*. São jurídicas porque foram criadas legislativamente.

Se a incidência formasse a juridicidade, como se explicaria a juridicidade das regras de estrutura? Eis a insuficiência da formulação de Pontes de Miranda.

Mesmo a pretensa aplicação às regras de comportamento da teoria desse autor não se mostra satisfatória. De fato, a ocorrência da conduta descrita no suporte fático da norma jurídica não é incidência mas sim tipicidade da conduta concreta, tipicidade essa entendida em acepção corrente no direito penal, *como acontecer de uma conduta hipoteticamente descrita na norma jurídica*.

Quando o suporte fático é realizado, tem-se a existência da tipicidade. A conduta concreta corresponde ao modelo teoricamente consagrado na norma jurídica. Assim, e ao contrário do pensamento daqueles que defendem a posição de Pontes de Miranda, *a tipicidade é requisito essencial para que se chegue a outra etapa igualmente importante: a aplicação da norma jurídica*.

O que se chama de incidência é, na verdade, o ato humano de aplicar a norma. Aqui cumpre pôr de relevo uma concepção importante que é a desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. Este autor, como outros, pensa que quando se entende a norma – na interpretação – já se está aplicando. Logo, o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação sobre um caso concreto não constituem dois atos independentes mas sim um fenômeno unitário.

É preciso compreender o processo hermenêutico, em seus três momentos: *o entender, o interpretar e o aplicar*, como uma *operação única*. O vocábulo *aplicação*, entretanto, não tem aqui o sentido de execução material ou materialização das conseqüências previstas na norma, em decorrência de certa conduta.

Para Gadamer, *aplicar a norma* é mentar que ela se ajusta ao caso concreto. E isto pode ser realizado por qualquer pessoa alfabetizada e não apenas pelo aplicador do direito, judicial ou administrativo. *Consulte-se Verdade e Método, 1975, pp. 291, 293 etc.*

Uma norma jurídica precisa ser previamente entendida e interpretada antes de haver a decisão sobre sua aplicação. Conceitua-se o fato para se obter seu significado *de registrar que os alemães não costumam utilizar a nomenclatura interpretar os fatos por acreditarem que o que se interpreta é o texto*.

Após a interpretação cabível o intérprete decide se a norma é, ou não, aplicável. Tal decisão é tomada com o auxílio da subsunção, *há analogia entre fato e norma*.

A aplicação estatal da norma jurídica, seja no plano administrativo, seja no ângulo judicial, gera a liberação da consequência jurídica prevista na norma, liberação essa que necessita de um ato de vontade do Estado enquanto aplicador do direito.

Aplica-se a norma jurídica autoritariamente através de um ato volitivo do Estado, embora se tenha uma aplicação dessa norma no terreno hermenêutico, como descrito anteriormente.

A liberação da consequência jurídica atrelada à norma é apenas o momento estatal da aplicação da norma jurídica, não o seu momento gnosiológico.

Concluo: o que Pontes de Miranda denominou de incidência eu concebo como aplicabilidade da norma jurídica ou, se se preferir, a possibilidade de a norma jurídica ser aplicada estatalmente, uma vez que hermenêuticamente sempre o será.

IV – A TEORIA DA INCIDÊNCIA NA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A autoridade de Pontes de Miranda, sem dúvida merecida, é responsável pela utilização de sua doutrina dentro do campo da imunidade tributária.

De fato, certo setor doutrinário pretende que a imunidade tributária pode ser entendida como caso de não incidência constitucionalmente qualificada. A própria constituição, então, albergaria normas jurídicas que não incidiriam.

Amílcar de Araújo Falcão, por exemplo, escreveu: *A imunidade é, assim, uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva para tributar certos fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional*. (Cfr. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, p. 117).

José Souto Maior Borges tomou o mesmo caminho teórico: *A regra da imunidade configura, desta sorte hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada.* (Cfr. *Isenções Tributárias*, p. 181).

Ressalta, de plano, o manuseio da noção de não incidência. Tal conceito, como já sublinhado, não serve para freqüentar discursos jurídicos por ser metajurídico.

Acresce que esse discurso encontra apoio na letra da constituição que emprega idéias como a de que o tributo *não incidirá*. Uma análise da natureza da linguagem política – ou legislativa – resolverá o problema.

A linguagem legislativa é um tipo híbrido de linguagem porque as leis contêm termos técnicos e não técnicos. Há, portanto, o conúbio da linguagem natural com a linguagem científica. Aceitável, portanto, que o legislador cometa pecadilhos ao redigir leis. Daí não se segue que o intérprete deva cometer os mesmos pecados porque o legislador utilizou nomenclatura inadequada.

A idéia de não incidência utilizada pela doutrina – e pela constituição – tem berço no arsenal teórico da Ciência das Finanças onde *incidir* significa precisamente o fato de um gravame fiscal ser devido em função de um comportamento passível de tributação.

Constata-se, de logo, que o legislador usou um vocábulo que não tem carga técnica no direito – a menos que se aceite a equivocada concepção da incidência – senão que pertence a outro domínio teórico, *o da Ciência das Finanças*.

Portanto, *incidir* ou *não incidir* é realidade que não interessa ao direito, mas sim, ao campo metajurídico, *por exemplo: o da Ciência das Finanças*. Conclusão: a imunidade tributária jamais poderá ser uma não incidência constitucionalmente qualificada por absoluta impossibilidade material.

V – CONCLUSÃO

A doutrina de Pontes de Miranda, relativamente à incidência de norma jurídica, não passa da velha e inexata concepção alemã da *causalidade*, concepção essa que inclusive já foi abandonada no lugar em que nasceu.

Não serve para explicar como as regras de estrutura, que têm um dever-ser insusceptível de modalização, podem ser jurídicas, uma vez que não há realização de suporte fático.

É equivocada ao fornecer substrato para as regras de comportamento porque em tais regras, apesar da existência de suporte fático realizável, o acontecer fenomênico da conduta prevista no suporte fático faz nascer a tipicidade, não a incidência imaginada pelo autor citado.

A tipicidade, por sua parte, permite que haja aplicabilidade da norma jurídica, ou seja, que o intérprete a compreenda no sentido de mentar que ela é aplicável.

Essa compreensão é responsável por um processo peculiar de aplicação da norma jurídica: a aplicação estatal do direito, *administrativa ou judicialmente*.

As normas não caem sobre os fatos como verdadeiras máquinas carimbadoras a fim de construir o mundo jurídico, salvo para os que, como Pontes de Miranda, ainda defendem uma linha teórica denominada de *fisicalismo* ou *mecanismo*.

Não há o jurídico sem recurso volitivo do homem que cria a norma com base em material retirado do mundo não jurídico. Assim, a norma não poderia jamais cair mecanicamente sobre um fato com abstração total do componente volitivo do homem.

O acontecer no mundo de uma conduta prevista como suporte fático de uma norma jurídica é elemento factual hábil para provocar o nascimento da tipicidade. E mesmo aqui não se poderá prescindir do homem, uma vez que a subsunção, enquanto expediente técnico, não atua sozinha.

O homem decide, então, que determinada norma jurídica é, ou não, aplicável. E o ser aplicável da norma ainda se desmembra em

aplicação hermenêutica e aplicação estatal, como explicitado precedentemente.

Jamais alguém pagará um tributo se o fisco não o exigir, mesmo que o indivíduo tenha realizado o suporte fático de uma norma jurídico-tributária. A aplicação estatal da norma jurídica será o instrumento possibilitador da cobrança dessa exação, excepto a hipótese-limite de o contribuinte espontaneamente adimplir o débito fiscal.

Onde a incidência como fonte criadora do mundo jurídico?

Onde a própria existência da incidência concebida por Pontes de Miranda?

Data venia, não existe incidência, muito menos como fonte do mundo jurídico.